Native Women and Aboriginal and Treaty Rights:

A Discussion Paper

Native Women's Association of Canada

92-04323/

NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA
DISCUSSION PAPER
NATIVE WOMEN AND ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS

In 1982, the Constitution of Canada was changed. The law which changed the Constitution is called the Constitution Act, 1982. This law added the Canadian Charter of Rights and Freedoms as well as a number of other sections to the Constitution.

One of the other sections which was added to the Constitution in 1982 was section 35 of the Constitution Act, 1982 which recognized and affirmed aboriginal and treaty rights. At the time this section was first included in the Constitution, it read:

35(1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

In 1983 section 35 was changed by adding two new paragraphs. These two new paragraphs read as follows:

(3) For greater certainty, in subsection (1) "treaty rights" includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the

aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

It is important to remember that section 35 is part of the Constitution of Canada, but it is not part of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Section 35 is in a different part of the Constitution Act, 1982. We will discuss each of the four paragraphs of section 35 below.

1. Subsection 35(1)

Subsection 35(1) contains the actual guarantee of existing aboriginal and treaty rights. It says that these rights are recognized and affirmed. However, there are a number of questions about the full meaning of the words in subsection 35(1)

a) What does the word "existing" mean?

There has been a lot of discussion about the word "existing" contained in subsection 35(1).

Sometimes certain aboriginal rights were surrendered voluntarily (for example, in some treaties) and were extinguished, that is, they no longer exist. But, in cases where this happened, the aboriginal rights which were surrendered were usually replaced by treaty rights and these treaty rights are also protected by subsection 35(1).

There are other cases where an aboriginal right was limited or interfered with by a law or a regulation passed by

the federal or provincial government. An example of this would be fishing regulations which set out the seasons, bag limits and other limitations on how and when fishing could be carried out. There are two questions in this kind of case.

The first question is whether or not these laws extinguished the aboriginal right to fish, meaning that there is no longer an "existing" aboriginal right, or whether these laws and regulations only interfered with the way in which the aboriginal right to fish could be carried out without actually extinguishing it.

The second question is, if the laws or regulations just limited the way the right to fish could be carried out or exercised, without actually extinguishing it, what was the "existing" aboriginal right recognized by subsection 35(1)? Is it the full, original aboriginal right to fish at all times of the year without limitations on how many fish can be caught or what equipment can be used, or is the "existing" aboriginal right only the right to fish subject to the limitations in the law and regulations which were in effect at the time section 35 was added to the Canadian Constitution?

The Supreme Court of Canada decided some of these questions in the Sparrow case which was about fishing rights. They answered the first question by saying that a law or regulation which limited the way in which the aboriginal right to fish could be exercised did not have the effect of extinguishing that right. In other words, the right is still an "existing" right recognized by section 35 of the Constitution Act, 1982.

They answered the second question by saying that this "existing" aboriginal right was the full, original right which could only be limited by government in certain cases. They said that the aboriginal right to fish was more important than non-Native sport fishing or commercial fishing. The only purpose for which the government could limit the aboriginal right was for conservation purposes. In other words, the government would have to prove that the limits which they put on the aboriginal right to fish were absolutely necessary for conservation, and that any other reason for limiting the aboriginal right to fish, for example for the purpose of keeping enough fish available for sports fishermen or for commercial fishermen, is not legal.

This case was very important because it decided that, just because an aboriginal right had been limited by laws or regulations, it didn't mean that it had been extinguished and no longer "existed" within the meaning of section 35.

b) <u>What does the word "treaty" mean?</u>

There have also been court cases on what is meant by the word "treaty" in subsection 35(1). Does this word mean only formal treaties such as the numbered treaties which were signed in Ontario, Saskatchewan, Manitoba, Alberta and other parts of Canada, or could it also mean more informal kinds of treaties? The Supreme Court of Canada has decided that the word "treaties" in subsection 35(1) can mean all sorts of treaties, even ones for which there was no document signed by both parties. Treaties don't have to be about land or hunting rights, they may be about different things like trade or peace and alliance between the parties.

As long as there is enough historical evidence showing that there was an agreement on certain subjects between an aboriginal nation and the Crown's representatives, courts today will find that there is a treaty on those subjects.

c) What is an "aboriginal right"?

There are other questions about subsection 35(1) for which we don't have clear answers. One of the most important ones is about the nature or the content of aboriginal rights. What kind of right is included in the term "aboriginal right"? For example, most people (even most governments) would agree that hunting and fishing activities are aboriginal rights and are protected by subsection 35(1). But what else is included in the words "aboriginal right"?

Aboriginal people obviously argue that the aboriginal rights recognized in subsection 35(1) include the widest range of rights possible, including the right to self-government. The right to self-government is an "inherent" right, that is a right which we have had as aboriginal people from time immemorial and which does not have to be given to us by any other government. The present discussions on constitutional changes should be aimed at clarifying the aboriginal right to self-government which is already protected by subsection 35(1).

For a discussion about the proposals made by the federal government, please read the discussion paper called "Native Women and Self-Government".

2. Subsection 35(2)

Subsection 35(2) tells us who are the "aboriginal people" whose rights are recognized in subsection 35(1). They include Indians, Inuit and Métis people. It is important to understand that the word "Indian" in subsection 35(2) does not mean only "Indians" as defined in the Indian Act. The definition of "Indian" in the Indian Act is only for the purposes of knowing who has rights under that Act, and is not for the purposes of deciding who has constitutional rights.

There is nothing in the Constitution which says specifically who is an "Indian" or "Inuit" or "Métis" person with constitutional rights. This question is left open. It is very likely, that the word "Indian" in subsection 35(2) takes in a much wider range of people than the Indian Act, and includes a lot of the people who are not considered "Indians" under the Indian Act.

3. Subsection 35(3)

This subsection makes it clear that the word "treaty" in subsection 35(1) does not only include old, historical treaties, but also includes modern land claims agreements, such as the James Bay and Northern Quebec Agreement and other land claims agreements which either have already been signed or which may be signed in the future.

Rights which aboriginal people have under these land claims agreements are also treaty rights recognized by subsection 35(1).

4. Subsection 35(4)

Subsection 35(4) is obviously a very important one for Native women. It has not yet been interpreted by the courts so there are still many unanswered questions about how it will actually work to protect equality between aboriginal men and aboriginal women.

There are, however, some things that we do know. The opening words of subsection 35(4), that is "Notwithstanding any other provision of this Act", are very important. The word "notwithstanding" means "in spite of" or "regardless of". The "Act" which is mentioned is the Constitution Act, 1982. So these opening words mean in spite of, or regardless of anything else in the Constitution Act, 1982, the aboriginal and treaty rights mentioned in subsection 35(1) are guaranteed equally to male and female aboriginal persons.

As we mentioned at the beginning of this paper, the Canadian Charter of Rights and Freedoms is also included as a part of the Constitution Act, 1982. Aboriginal women are worried that the Charter may not be able to protect their rights especially because of sections 25 and 33 of the Charter which might allow an aboriginal government to interfere with their rights or to deny them. For more discussion of this issue, please read the discussion paper called "Native Women and the Charter".

Subsection 35(4) guarantees sexual equality when aboriginal or treaty rights are involved. It is not part of the Charter; it stands alone and sections 25 and 33 of the Charter do not apply to it. This means that an aboriginal government

cannot use section 25 or section 33 of the Charter to prevent an aboriginal woman from enjoying her aboriginal or treaty rights on an equal basis with aboriginal men.

That is the good news. Unfortunately, not all of the problems are solved by subsection 35(4) of the Constitution Act, 1982. The guarantee of equality is only for aboriginal and treaty rights, not for other kinds of rights. There are some kinds of rights which will probably not be considered aboriginal or treaty rights, but for which many aboriginal women feel they need a guarantee of equality.

For example, is the right of a woman to be paid the same salary as a man who is doing the same or a similar kind of work an aboriginal or treaty right, or is this right a basic human right which is not necessarily connected to being an aboriginal person? It is a right which is guaranteed under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, but the Charter might not be strong enough to protect aboriginal women in some cases. It could be hard to argue that in a case where an aboriginal government employed both men and women to do the same kind of work, but paid the women much less, or otherwise discriminated against women in its employment policies, that this would be a violation of an aboriginal or treaty right.

There are other cases where it may be quite clear that there is an aboriginal or treaty right involved, but it is not clear just what the right is, or how it should be applied.

For example, the right to hunt is an aboriginal right protected by subsection 35(1). But in some aboriginal socie-

ties, only men hunted certain kinds of animals. Women traditionally may have hunted other animals but not those reserved to the men. Section 35(4) says that the aboriginal right is guaranteed equally to men and women. Does this mean that now the women of those societies have the same right as the men to hunt these animals, or does it mean that society as a group has the right to hunt in the same manner as they did traditionally, that is, with women being excluded from hunting certain animals?

5. Self-Government and Section 35

There are several different issues to be discussed under this heading. The first is whether or not the right to self-government is included in the aboriginal or treaty rights recognized in section 35. As mentioned above, there is disagreement between aboriginal people and the government on this question but, one way or the other, this question will probably be decided through the present round of constitutional negotiations.

If the right to self-government is included as part of an aboriginal or treaty right recognized in subsection 35(1), either because it is already there, or because it is specifically added to the section during the negotiation process, then subsection 35(4) will apply to the right of self-government.

However, even if self-government is included in subsection 35(1) and section 35(4) applies to it, it is still not clear just how far the protection for sexual equality goes. Once again, it depends on the interpretation of the words "aboriginal and treaty rights" in section 35.

What subsection 35(4) says is that existing aboriginal and treaty rights are guaranteed equally to male and female persons. If the aboriginal or treaty "right to self-government" is included in section 35, then section 35(4) could be interpreted as meaning that male and female persons are equally guaranteed only their right to be governed by their own aboriginal governments, according to their own systems and institutions, whatever those systems and institutions might be.

If this is the interpretation given to section 35, then it would not necessarily mean that the actual systems and institutions of aboriginal governments have to guarantee equality between men and women, or that specific actions taken by an aboriginal government under those systems or institutions could not be discriminatory.

If the right to self-government is added to a different section of the Constitution or if a new section is created, then subsection 35(4) will not apply to the right because subsection 35(4) only applies to the rights mentioned in subsection 35(1).

It is therefore extremely important to watch the details of the constitutional process to see where amendments relating to self-government are going to be placed in the Constitution and to ensure that there are adequate guarantees of equality under self-government.

These guarantees could take several forms. One partial solution would be to ensure that the Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to all aboriginal governments.

This will require clarification of sections 25 and 33 of the Charter to ensure that they could not be used to deny or interfere with equality rights. In addition to this, however, it will probably be necessary to include additional specific sections in the Constitution to ensure full rights for aboriginal women under self-government.

Les Femmes Autochtones, Les Droits Aborigenes et les Droits Issus de Traités:

Document de Travail

Association des femmes autochtones du Canada

ASSOCIATION DES FEMMES AUTOCHTONES DU CANADA

LES FEMMES AUTOCHTONES, LES DROITS ABORIGENES ET LES DROITS ISSUS DE TRAITÉS

DOCUMENT DE TRAVAIL

En 1982, la Constitution du Canada a été modifiée par la Loi constitutionnelle de 1982. Cette loi ajoutait à la Constitution la Charte canadienne des droits et libertés ainsi que d'autres dispositions. Parmi ces dernières, on retrouve l'article 35 qui reconnaît et confirme les droits aborigènes et les droits issus de traités. Au moment où cet article fut inclus à la Constitution, il contenait les deux paragraphes suivants :

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

En 1983, l'article 35 fut modifié par l'ajout des deux paragraphes suivants :

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Il est essentiel de se rappeler que l'article 35 fait partie de la Constitution, mais pas de la Charte canadienne des droits et libertés. L'article 35 se retrouve dans une autre partie de la Loi constitutionnelle de 1982. Dans les pages qui suivent, nous traiterons de chacun des quatre paragraphes de l'article 35.

1. Le paragraphe 35(1)

C'est le paragraphe 35(1) qui contient la garantie véritable sur les droits aborigènes et les droits issus de traités existants. L'article affirme que ces droits sont reconnus et confirmés. Le sens de certains termes de l'article 35 soulève cependant certaines questions.

a) Que signifie le terme «existants»?

Le terme «existants» contenu dans l'article 35 a été l'objet de nombreuses discussions.

Parfois, on a renoncé volontairement à certains droits aborigènes (dans certains traités par exemple) qui ont ainsi été abolis, c'est-à-dire que leur existence a pris fin Mais, lorsqu'une telle situation s'est produite, les droits aborigènes auxquels on avait renoncés étaient habituellement remplacés par des droits issus de traités et ceux-ci sont aussi protégés par le paragraphe 35(1).

Dans d'autres cas, une loi ou un règlement adopté par le gouvernement fédéral ou un gouvernement provincial est venu porter atteinte ou restreindre un droit aborigène. Ce fut le cas avec la règlementation sur la pêche qui définissait les saisons, les prises et d'autres restrictions sur la manière de pêcher et sur le temps autorisé pour la pêche. Ce type de cas soulève deux questions.

Premièrement, il s'agit de savoir si ces lois ont aboli ou non le droit aborigène de pêche, c'est-à-dire si le droit aborigène «existant» a pris fin, ou si ces lois et règlements n'ont fait que porter atteinte à la façon dont le droit aborigène de pêche pourrait être exercé sans pour autant l'abolir.

Deuxièmement, si ces lois ou règlements n'ont fait que restreindre la façon dont ce droit peut être exercé, sans pour autant l'abolir, en quoi alors ce droit aborigène «existant», reconnu par le paragraphe 35(1), consiste-t-il? S'agit-il du droit aborigène entier et original de pêcher toute l'année sans restriction sur le nombre de prises ou sur le type d'équipement pouvant être utilisé, ou ne s'agit-il que du droit de pêche soumis aux restrictions des lois et règlements qui étaient en vigueur au moment où l'article 35 a été ajouté à la Constitution canadienne?

La Cour suprême du Canada a tranché certaines de ces questions dans l'affaire Sparrow qui portait sur les droits de pêche. Elle a répondu à la première question en soutenant qu'une loi ou un règlement qui restreint la façon dont le droit aborigène de pêche pouvait être exercé n'avait pas pour conséquence d'abolir ce droit. Autrement dit, ce droit est toujours un droit «existant» reconnu par le paragraphe 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

La Cour répondit à la deuxième question en soutenant que ce droit aborigène «existant» était le droit original et entier qui ne pouvait être restreint par le gouvernement que dans certains cas. Elle a dit que le droit aborigène de pêche était plus important que la pêche sportive ou commerciale non-autochtones. C'est seulement pour des fins de conservation de

la faune que le gouvernement pourrait restreindre ce droit aborigène. Autrement dit, le gouvernement devrait prouver que les restrictions qu'il imposent au droit aborigène de pêche sont absolument nécessaires pour assurer la conservation de la faune. Toutes autres raisons pour restreindre le droit aborigène de pêche (par exemple afin de d'assurer la disponibilité du poisson pour la pêche sportive ou commerciale) ne serait pas légales.

Cette cause a été très importante parce qu'elle a établi que la restriction d'un droit aborigène par des lois ou des règlements ne signifie pas qu'il a été aboli et qu'il n'«existe» plus selon la signification donnée à l'article 35.

b) Que signifie le terme «traité»?

La signification du terme «traité» a été soulevé dans des causes soumises aux tribunaux. Ce terme englobe-t-il seulement les traités formels, comme les traités numérotés qui ont été signés en Ontario, en Saskatchewan, au Manitoba, en Alberta et ailleurs au Canada, ou peut-il aussi englober des types de traités moins formels? La Cour suprême du Canada a statué que le terme «traités» utilisé au paragraphe 35(1) peut signifier toutes sortes de traités, même ceux qui n'ont pas donné lieu à la signature d'un document par les deux parties en cause. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que les traités portent sur une question de territoire ou un droit de chasse; ils peuvent portés sur divers sujets comme le commerce, la paix ou l'établissement d'une alliance entre deux parties. Dans la mesure où il existe suffisamment de preuves historiques qui montrent qu'une entente entre une nation autochtone et les représentants de la Couronne a été conclue sur certaines questions, on considère qu'un traité existe au sujet de ces questions.

c) Qu'est-ce qu'un droit aborigène?

Le paragraphe 35(1) soulève d'autres questions au sujet desquelles nous n'avons pas de réponses claires. L'une des plus importantes a trait à la nature ou au contenu du terme «droit aborigène». Par exemple, la plupart des gens (et même les gouvernements) s'entendront pour dire que les activités de chasse et de pêche constituent des droits aborigènes qui sont protégés par le paragraphe 35(1). Mais qu'est-ce que le terme «droit aborigène» contient d'autre?

Les Autochtones soutiennent évidemment que les droits aborigènes reconnus au paragraphe 35(1) englobent le plus large éventail de droits possible, y compris le droit à l'autonomie gouvernementale. Ils soutiennent que le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit «inhérent», c'est-à-dire un droit qu'ils possèdent, en tant qu'Autochtones, depuis des temps immémoriaux et qui n'a pas à être accordé par quel que gouvernement que ce soit. Ils affirment que les discussions actuelles sur les modifications constitutionnelles devraient servir à clarifier le droit aborigène à l'autonomie gouvernementale qui est déjà protégé par le paragraphe 35(1).

Pour en savoir plus long sur les propositions du gouvernement fédéral, veuillez consulter le document de travail intitulé «Les femmes autochtones et l'autonomie gouvernementale».

2. Le paragraphe 35(2)

Le paragraphe 35(2) explique qui sont les «peuples autochtones» dont les droits sont reconnus au paragraphe 35(1).

Ces peuples comprennent les Indiens, les Inuit et les Métis. Il est important de comprendre que le terme «Indiens» du paragraphe 35(2) n'englobe pas seulement les «Indiens» tels qu'ils sont définis dans la Loi sur les Indiens. En effet, la définition d'«Indiens» que l'on retrouve dans la Loi sur les Indiens ne vise qu'à identifier les personnes qui ont des droits en vertu de cette loi particulière et non à identifier ceux et celles possède des droits constitutionnels.

Il n'y a rien dans la Constitution qui indique spécifiquement qui sont les «Indiens», les «Inuit» ou les «Métis» qui ont des droits constitutionnels. C'est une question ouverte. Il est, par ailleurs, vraisemblable de penser que le terme «Indiens» utilisé au paragraphe 35(2) englobe un éventail de gens plus vaste que la définition de la Loi sur les Indiens et qu'il englobe beaucoup de gens qui ne sont pas considérés comme «Indiens» dans la Loi sur les Indiens

3. Le paragraphe 35(3)

Ce paragraphe clarifie le fait que le terme «traités» utilisé au paragraphe 35(1) ne comprend pas seulement les traités anciens et historiques, mais également les accords modernes sur des revendications territoriales, comme la Convention de la Baie James et du Nord Québécois et d'autres accords sur des revendications territoriales qui ont déjà été signés ou qui le seront dans l'avenir.

Les droits que les Autochtones possèdent en vertu de ces accords sur des revendications territoriales constituent donc aussi des droits issus de traités reconnus au paragraphe 35(1).

4. Le paragraphe 35(4)

Le paragraphe 35(4) est évidemment très important pour les femmes autochtones. Comme les tribunaux ne l'ont pas encore interprété, de nombreuses questions demeurent sans réponse sur la manière dont il permettra de protéger, en pratique, l'égalité entre les hommes autochtones et les femmes autochtones.

Certaines données nous sont quand même connues. Les premiers mots du paragraphe 35(4), soit «Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi», sont primordiaux. Le terme «indépendamment» signifie «en dépit de» ou «sans se préoccuper de». La «présente loi» dont il est question est la Loi constitutionnelle de 1982. Ces premiers mots signifient donc qu'en dépit de ou sans se préoccuper du reste de la Loi constitutionnelle de 1982, les droits aborigènes et les droits issus des traités dont il est question au paragraphe 35(1) sont garantis également pour les hommes et les femmes autochtones.

Tel qu'indiqué au début de ce texte, la Charte canadienne des droits et libertés fait aussi partie de la Loi constitutionnelle de 1982. Mais les femmes autochtones s'inquiètent du fait que la Charte pourrait n'être pas en mesure de protéger leurs droits, particulièrement à cause des articles 25 et 33 de la Charte qui permettent à un gouvernement autochtone de porter atteinte aux droits des femmes ou de les en priver. Pour en savoir davantage, veuillez consulter le document de travail intitulé «Les femmes autochtones et la Charte».

Le paragraphe 35(4) garantit l'égalité entre les sexes lorsque les droits aborigènes et les droits issus de traités sont en cause. Ce paragraphe ne fait pas partie de la Charte. Il est autonome,

et les articles 25 et 33 de la Charte ne peuvent pas s'appliquer à lui. Cela signifie qu'un gouvernement autochtone ne peut pas utiliser l'article 25 ou l'article 33 de la Charte pour empêcher une femme autochtone de jouir de ses droits aborigènes ou de ses droits issus de traités sur un pied d'égalité avec les hommes autochtones.

Voilà une bonne nouvelle. Mais, malheureusement, tous les problèmes ne sont pas réglés par le paragraphe 35(4) de la Loi constitutionnelle de 1982. La garantie d'égalité qu'il contient n'a d'incidence que sur les droits aborigènes et les droits issus de traités et non pas sur les autres types de droits. En effet, d'autres types de droits ne seront vraisemblablement pas considérés comme des droits aborigènes ou des droits issus de traités. Pourtant, les femmes autochtones ont aussi besoin d'une garantie d'égalité pour ces droits.

Par exemple, le droit d'une femme d'être payée le même salaire que celui d'un homme qui fait le même travail ou un travail semblable, est-il un droit aborigène ou issu de traités, ou bien s'il s'agit d'un droit humain fondamental qui n'est pas nécessairement lié au fait d'être Autochtones? Ce droit est garanti en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, mais la Charte pourrait, dans certains cas, s'avérer ne pas avoir suffisamment de poids pour protéger les femmes autochtones. Imaginons, par exemple, qu'un gouvernement autochtone emploie des hommes et des femmes pour faire le même type de travail, mais qu'il paie aux femmes un salaire inférieur ou que ses politiques d'emploi font preuve de discrimination envers les femmes. Dans ce cas-là, il serait difficile de soutenir qu'il s'agit ici d'une violation d'un droit aborigène ou d'un droit issu de traités.

Dans d'autres cas, un droit aborigène ou issu de traités peut être clairement en cause, mais il est difficile de dire de quel droit il s'agit exactement ou de quelle manière il devrait s'appliquer. Par exemple, le droit de chasser est un droit aborigène protégé en vertu du paragraphe 35(1). Mais dans certaines sociétés autochtone, seuls les hommes peuvent chasser certains types d'animaux. De façon traditionnelle, les femmes chassaient d'autres animaux, mais pas ceux réservés aux hommes. Le paragraphe 35(4) soutient que ce droit aborigène est garanti également aux hommes et aux femmes. Mais cela signifie-t-il que les femmes de ces sociétés ont désormais le même droit que les hommes de chasser ces animaux, ou si cela signifie que cette société dans son ensemble a le droit de chasser de la manière traditionnelle, c'est-à-dire que les femmes sont exclues de la chasse de certains animaux?

5. L'autonomie gouvernementale et l'article 35

Voici un sujet qui soulève de nombreuses questions. D'abord, il s'agit de savoir si le droit à l'autonomie gouvernementale est inclus dans les droits aborigènes et les droits issus de traités reconnus à l'article 35. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le gouvernement et les Autochtones ne sont pas d'accord sur ce point, mais, d'une façon ou d'une autre, on devrait trancher la question au cours des négociations constitutionnelles actuelles.

Si le droit à l'autonomie gouvernementale est inclus comme un droit aborigène ou issu de traités reconnu au paragraphe 35(1), soit parce qu'il y est déjà, soit parce qu'il sera ajouté à cet article au cours les négociations, alors le paragraphe 35(4) s'appliquera au droit à l'autonomie gouvernementale.

Cependant, même si l'autonomie gouvernementale est incluse dans le paragraphe 35(1) et que les dispositions du paragraphe 35(4) s'y applique, nous ne savons pas quel sera le degré de protection relativement à l'égalité entre les sexes. Encore une fois, tout dépend de l'interprétation qui est faite des termes «droits aborigènes et droits issus de traités» contenus à l'article 35.

On énonce au paragraphe 35(4) que les droits aborigènes et les droits issus de traités sont garantis également pour les hommes et les femmes. Si le droit à l'autonomie gouvernementale en tant que droit aborigène ou issu de traités est inclus à l'article 35, alors l'interprétation du paragraphe 35(4) pourrait être que l'on garantit également aux hommes et aux femmes uniquement leur droit d'être gouvernés par leur propre gouvernement autochtone, avec leurs propres systèmes et institutions, quel que soit la nature de ces systèmes ou de ces institutions.

Si c'est l'interprétation donnée à l'article 35, alors cela ne veut pas nécessairement dire que les systèmes et les institutions des gouvernements autochtones doivent garantir l'égalité entre les hommes et les femmes, ou que des gestes particuliers que ce gouvernement autochtone pourrait poser au moyen de ces systèmes et institutions ne peuvent pas être discriminatoires.

Si le droit à l'autonomie gouvernementale est ajouté à un article différent de la Constitution ou si un nouvel article est rédigé, alors le paragraphe 35(4) ne s'appliquera pas à ce droit parce que le paragraphe 35(4) ne s'applique qu'aux droits énumérés àu paragraphe 35(1).

Il est, par conséquent, primordial de surveiller de près le processus constitutionnel pour voir où les modifications relatives à l'autonomie gouvernementale seront introduites dans la Constitution et pour s'assurer qu'avec l'autonomie gouvernementale des garanties sur l'égalité existeront bel et bien.

Ces garanties pourraient prendre différentes formes. Une solution partielle consiste à demander que la Charte canadienne des droits et libertés s'applique à tous les gouvernements autochtones. Il faudrait alors clarifier l'effet des articles 25 et 33 de la Charte afin de s'assurer qu'ils ne peuvent pas être utilisés pour porter atteinte aux droits à l'égalité ou pour les ignorer. De plus, il sera probablement nécessaire d'ajouter à la Constitution des dispositions qui garantissent aux femmes autochtones l'ensemble de leurs droits dans le contexte de l'autonomie gouvernementale.